

Sentencia T-623/05

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por falta de legitimación por activa/**FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA**-Madre en representación de hijas mayores de edad

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Necesidad de probar imposibilidad de accionar

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD POR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Casos en que no se puede suspender el tratamiento o el medicamento

DERECHO A LA SALUD-Beneficiarios del sistema no deben soportar inconvenientes presupuestales o trámites burocráticos

Referencia: expediente T-1063632

Acción de tutela instaurada por
Elizabeth Peñalosa Martínez
contra Cafesalud EPS

Magistrado Ponente:
Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D. C., dieciséis (16) de junio de dos mil cinco (2005).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Bogotá dentro de la acción de tutela instaurada por Elizabeth Peñalosa Martínez contra Cafesalud EPS.

I. ANTECEDENTES

La señora Elizabeth Peñalosa Martínez, actuando a nombre propio y en representación de sus hijas Mónica Patricia y María Andrea Medina Peñalosa, interpone acción de tutela en contra de CAFE.SALUD EPS, para que se protejan sus derechos fundamentales de petición, seguridad social, debido proceso, buen nombre, los cuales encuentra vulnerados con la decisión de la entidad accionada

de excluirlas del servicio, aduciendo doble afiliación al Sistema de Seguridad Social.

1. Hechos

1. Sostiene la actora que el 30 de octubre de 2002, la Directora Operativa de Cafesalud, le comunica que se le suspenden los servicios médicos en razón de la simultaneidad de afiliación de su hija Mónica Patricia Medina Peñalosa de acuerdo con el reporte recibido del Ministerio de Salud, por lo que le solicitan tramitar a la mayor brevedad posible la desafiliación de Cafesalud E.P.S.

2. Con el fin de aclarar lo sucedido, la actora informa a la entidad demandada, que desde noviembre de 1999, tanto su empleador (Banco de la República), como ella, efectuaron los procedimientos de rigor ante el Seguro Social, para actualizar la novedad de traslado de su hija a Cafesalud E.P.S. y que la discrepancia con el reporte del Ministerio de Salud se debía posiblemente a inconsistencias internas del sistema. De tal comunicación, envió copia a la Superintendencia Nacional de Salud.

3. En oficio del 11 de abril de 2.003, la entidad accionada le responde que no es solamente Mónica Patricia la que presenta doble afiliación sino también su otra hija María Andrea Medina Peñalosa. Le aclara igualmente que la desvinculación no obedece al retiro efectuado por ella en el año 1999, sino a que sus dos hijas pertenecen al Seguro Social como cotizantes por la pensión de sobrevivientes que recibieron a la muerte de su padre.

Así mismo le comunican que ella se encuentra activa en el sistema y que de acuerdo a una negociación realizada entre Cafesalud EPS y el Seguro Social se había decidido que sus hijas siguieran cotizando en éste último. Se le advierte además, que si sus hijas quieren trasladarse del Seguro Social a otra EPS, deben afiliarse como pensionadas cotizantes.

4. En respuesta a lo anterior, la actora presenta el día 3 de junio de 2.003 un escrito dirigido a la Directora Operativa de Cafesalud EPS, donde le plantea las siguientes consideraciones:

“1. NO ES CIERTA LA SIMULTANEIDAD DE AFILIACIÓN A QUE USTEDES HACEN REFERENCIA EN SUS COMUNICACIONES. En ningún momento, desde que pertenecemos a CAFESALUD (Enero de 2.000), hemos diligenciado o firmado solicitudes, formularios de afiliación a otra entidad. Así mismo, se deja constancia expresa de que no poseemos carnés de otra EPS y que jamás hemos utilizado los servicios médicos ni de CAFESALUD ni del ISS, aspectos tales, que pueden y deben ser verificados. Por tanto, de manera respetuosa y atenta le solicitamos a Cafesalud que nos compruebe con documentos y/o soportes, cuándo cómo y en qué momento registramos nuestras firmas o autorizaciones ante el ISS o ante MI EMPLEADOR, a través del cual se efectúan los aportes al sistema.”

“2. Soy madre viuda, cabeza de familia y en la actualidad mis dos hijas y la suscrita recibimos de manera compartida, una Pensión de Sobrevivientes del ISS, equivalente a UN SALARIO MINIMO por el fallecimiento de mi esposo y padre de mis dos hijas. Dicha pensión se encuentra distribuida así: La suma de \$ 73.041 (Setenta y Tres mil cuarenta y un pesos moneda corriente), para cada una de las hijas y \$146.000 (Ciento cuarenta y seis mil pesos moneda Cte.) para la cónyuge.”

“Si bien es cierto, que el ISS nos descuenta el 12% para el sistema de salud, nunca se nos informó que recibir una pensión mínima compartida implicaba obligatoriedad de afiliación a esa entidad por tal razón nunca la tramitamos.”

“3. Afirma CAFESALUD en su misiva de Abril 11/2003 que: “De acuerdo con la negociación del día 29 de agosto/2.002, con Acta No. 0712002; se estableció entre ambas EPS que sus beneficiarias deben seguir cotizando en el ISS; razón por la cual en nuestro sistema figuran como retiradas”. Sobre el particular, debo comentarles que esta negociación a que se hace referencia, fue efectuada por las dos EPS sin nuestro conocimiento u/o aprobación, vulnerando nuestros derechos a la libre escogencia de la Empresa Promotora de Salud a la cual deseamos afiliarnos.”

“En este orden de ideas, cabe recordarles lo expuesto en el Numeral 4º del Art. 153 de la Ley 100/93, referente al derecho de libertad para escogencia de EPS. Así mismo, el PARAGRAFO 2º del Art. 183 de la Ley 100/93, respecto a que están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas o decisiones concertadas, que directa o indirectamente tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

*“4. Teniendo en cuenta que mis dos hijas beneficiarias devengan sólo \$73.041 cada una por pensión de sobrevivientes, es de comprender la imposibilidad de subsistir con esa suma. Por tanto, confirmo plenamente que las dos **DEPENDEN ECONOMICAMENTE** de la suscrita, convivimos en la misma vivienda, estoy a cargo de su educación y manutención y no poseen ningún vínculo laboral con alguna entidad. Si la Justicia Colombiana considera que un ingreso mensual de \$ 70.000 hace a una persona independiente económicamente para cotizar de manera individual, se estaría contradiciendo el PRINCIPIO DE EQUIDAD. Sobre el ofrecimiento de mecanismos que eviten la selección adversa, pues no es lo mismo un POS CONTRIBUTIVO que un POS SUBSIDIADO.”*

*“5. Personalmente pienso que a través de mi cotización mensual de \$370.000 es justo que las tres seamos atendidas en la misma EPS bajo el **REGIMEN CONTRIBUTIVO, SIN DISCRIMINACIÓN POR CAPACIDAD DE PAGO O RIESGO.** Esto, teniendo en cuenta que el*

artículo 18 de la Ley 100/ 93 establece, que en ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al monto del salario mínimo legal, aspecto tal, que las obliga a ser cotizantes, por cuanto pueden ser BENEFICIARIAS de una afiliación con capacidad de pago, ahorrándole posiblemente al estado el subsidio correspondiente.”

“6. Señala el Art. 272 de la Ley 100/93 que el sistema integral de Seguridad Social, no tendrá en ningún caso aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el Artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia.”

De acuerdo a los anteriores planteamientos y teniendo en cuenta lo dispuesto en el ART. 183 de la Ley 100/93, respecto a que: “Las entidades Promotoras de Salud, no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo en los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario (..) atentamente solicito a usted aclararme sobre la legalidad de la suspensión de los servicios de salud a mi grupo familiar sin estar afiliadas a otra EPS, así como también sobre la legalidad de la negociación adelantada por ustedes con el ISS sin nuestro conocimiento y/o aprobación. De otra parte, solicito a usted informarme: ¿POR QUÉ HAN CONTINUADO LOS DESCUENTOS POR NÓMINA A FAVOR DE CAFESALUD por valor de \$369.580 mensuales, SI EN LA COMUNICACION DE OCTUBRE 30/2.002 SE NOS INFORMÓ SOBRE LA SUSPENSION DE SERVICIO A LA TOTALIDAD DEL GRUPO FAMILIAR ?;QUÉ PASÓ CON ESOS APORTES?; PUEDO SOLICITAR SU DEVOLUCIÓN?”

“Teniendo en cuenta que mi comunicación de Marzo 3/2.003 dirigida a CAFESALUD sobre la suspensión de servidos médicos, se efectuó basada en afirmaciones de esa entidad sobre simultaneidad de afiliaciones inexistentes, atentamente solicito a usted también, informarme sobre nuestra situación de afiliación actual (..).”

5. La tutelante señala que de dicha comunicación envió copias a diferentes dependencias de Cafesalud EPS, así como al Jefe de División de Atención al Usuario de la Superintendencia Nacional de Salud.

6. En Junio 19 de 2003, el Director General de Inspección y Vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, solicitó al Presidente de Cafesalud que dé respuesta a la tutelante sobre su caso y le concede un plazo de ocho (8) días hábiles para remitir los documentos soportes de la mencionada respuesta, actuación que según manifiesta nunca se llevó a efecto.

7. Sostiene que al no recibir respuesta por parte de Cafesalud EPS, ni de la Superintendencia Nacional de Salud, presentó un derecho de petición el día 1º de

Agosto de 2.003 dirigido al Presidente de Cafesalud, donde le solicita dé pronta respuesta a su petición, pues la suspensión de los servicios médicos efectuada por esa entidad, les ha causaba perjuicios, ya que: *“En estos momentos no contamos con afiliación a una EPS y durante el transcurso de los últimos cuatro meses, mi hija mayor ha requerido hospitalización de urgencia en tres oportunidades producto de un cálculo renal, colocación de catéter para controlar el dolor y una infección y tratamiento de la misma.”*

En la misma fecha, remitió al Director General de Inspección y Vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud una comunicación en la cual le expresa, su inquietud sobre la desatención de Cafesalud EPS y le solicita instruirla sobre los procedimientos a seguir a fin de aclarar su situación.

8. Afirma que a la fecha, no ha recibido respuesta por parte de Cafesalud EPS ni de la Superintendencia Nacional de Salud a las peticiones presentadas el 3 de junio y el 1° Agosto de 2003.

9. De igual manera informa que debió acudir a la benevolencia del Banco de la República entidad de la que es pensionada y utilizar los servicios médicos para atender las emergencias de su hija, pero que de todas formas debió pagar el 20% del total de la cuenta de las tres entidades hospitalarias donde estuvo internada, pues el auxilio de banco no es total para los hijos afiliados.

10. Aduce que actualmente les urge definir su situación frente al Sistema de Seguridad Social en Salud no sólo por los gastos médicos que ha tenido que asumir en perjuicio económico de la familia, sino por los requerimientos de una certificación de afiliación requerida por la Universidad Javeriana en donde sus hijas estudian para poder aceptar sus matrículas, la cual, no se ha podido llevar a cabo porque Cafesalud EPS al suspenderle los servicios médicos, las dejó por fuera del Sistema y desprotegidas de este derecho.

11. Por lo expresado, la actora solicita, se ordene a Cafésalud E.P.S. el reintegro al sistema de afiliaciones del grupo familiar compuesto por ella en calidad de cotizante y de sus dos hijas como beneficiarias, teniendo en cuenta que dependen económicamente de ella, viven en su casa, son estudiantes de tiempo completo y no poseen vínculo laboral con entidad alguna.

12. Sobre la pensión de sobrevivientes de sus hijas, señala que *“actualmente cada una percibe sólo \$78.000 mensuales”*, suma muy inferior a lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 que establece, que en ningún caso la base de cotización podrá ser inferior al monto de un salario mínimo legal mensual vigente. De esto, se infiere que no están habilitadas para acceder a la condición de cotizantes, pues su bajo ingreso bien podría exonerarlas de esta contribución.

13. Aclara que en ningún momento su grupo familiar ha diligenciado o firmado solicitudes o formularios de afiliación con otras entidades. No poseen carnés de otra EPS y jamás han utilizado los servicios de Cafesalud ni del Seguro Social.

14. De igual manera solicita que Cafesalud EPS y la Superintendencia Nacional de Salud, den respuesta a las peticiones impetradas el 3 de junio y el 1° Agosto

de 2003. Así como también, se ordene a Cafesalud la anulación de la negociación realizada con el ISS el día 29 de agosto de 2.002 - Acta No. 0712002, por cuanto ésta fue realizada sin el conocimiento y aprobación de sus hijas, vulnerando sus derechos a la libre escogencia de la Empresa Promotora de Salud a la cual desean afiliarse.

2. Pruebas

- Copias de las comunicaciones enviadas por Cafesalud EPS de fechas 30 de octubre de 2002 y 14 de abril de 2003 en las cuales, se exponen los motivos para la suspensión de los servicios médicos a la señora Elizabeth Peñalosa Martínez y a sus dos hijas.
- Copias de las respuestas dadas por la actora a Cafesalud EPS de Marzo 3 y Junio 3 de 2003.
- Copia de la comunicación de junio 19 de 2003, dirigida por el Director General de Inspección y Vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud.
- Copia del derecho de petición presentado por la actora al Presidente de Cafesalud EPS de fecha 1º de agosto de 2.003, para que se dé respuesta a la solicitud elevada el 3 de junio de 2003.
- Copia del memorial dirigido al Director de Inspección y Vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, de fecha 1º de agosto de 2.003.
- Copia de los Certificados de Estudios de sus hijas Mónica Patricia y María Andrea Medina Peñalosa expedidos por la Universidad Javeriana de agosto 26 de 2.004, donde consta que las mismas estudian en las facultades de Administración de Empresas y Medicina.

3. Intervención de la entidad accionada

La Auditora Médica de Cafesalud E.P.S., dio respuesta a la acción de tutela de la referencia, en los siguientes términos:

- Aduce que la señora Elizabeth Peñalosa Martínez, quien es pensionada del Banco de la República, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo a través de Cafesalud EPS, desde el 1º de enero de 2000. Su ingreso base de Cotización es de \$3.280.000, se encuentra al día en pagos y cuenta con 115 semanas de cotización al sistema.
- Los descuentos que la actora aduce por valor de \$393.600, corresponden al pago que la señora Peñalosa Martínez realiza como cotizante de Cafesalud EPS por la pensión que recibe por el Banco de la República, y no a la pensión de sobreviviente que le cancela el Seguro Social.
- Las usuarias Mónica Patricia y María Andrea Medina Peñalosa, aparecen como cotizantes activas del Seguro Social (Acta P2592004 del 31 de octubre de 2004).

- Asevera que no entiende por qué las señora Elizabeth Peñalosa argumenta que no ha sido atendida por el ISS, ni por Cafesalud EPS, que no posee carnés, ni de una EPS, ni de la otra por cuanto al revisar la base de datos del FOSYGA se encuentra que tanto ella como sus hijas son afiliadas activas en el Seguro Social.

-Por tanto, no es a Cafesalud EPS a quien ella debe dirigirse para hacer valer los derechos de sus hijas, sino al Seguro Social.

- Señala que para la procedencia de la acción de tutela es requisito la inexistencia de otros medios de defensa judicial. Para el caso, la actora pudo haber optado entre acudir a la jurisdicción laboral para resolver el conflicto planteado o a la Superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en los Decretos 1222 de 1994 y 1259 de 1994.

- Sostiene que no aparece claro, cuál es el derecho fundamental vulnerado o amenazado, puesto que la señora Peñalosa Martínez, fue afiliada a Cafesalud E.P.S. en calidad de cotizante dependiente desde el 1º de enero de 2000, sin embargo debido a que también se encontraba afiliada al Seguro Social, la afiliación en Cafesalud E.P.S. presentó inconvenientes de acuerdo a lo establecido por Ley, pues una persona no puede encontrarse en más de una EPS, generando de forma inmediata la suspensión de su afiliación por encontrarse multiafiliado ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- Asevera que tal conducta no es legal dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues se estaría pagando dos o más veces la UPC (Unidad de Pago por Capitación) a las Entidades Promotoras de Salud por la atención de éste o cualquier usuario que presente un problema similar, lo cual atentaría contra el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que busca garantizar tanto la atención de las EPS públicas como privadas del país.

- En conclusión, estima que Cafesalud no es la EPS llamada a prestar los servicios de salud del POS a la accionante así como tampoco a su grupo familiar por no encontrarse afiliados a esta entidad.

-Por lo anterior, solicita que el juzgado de instancia se declare inhibido para fallar la acción de tutela y se ordene a la EPS del Seguro Social que preste la atención requerida por la señora Elizabeth Peñalosa Martínez y sus hijas, por encontrarse afiliadas a esa EPS, tal como se ha demostrado en los argumentos expuestos y las pruebas aportadas.

4. Decisión judicial que se revisa.

El Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Bogotá en decisión adoptada el 20 de enero del año 2005, negó el amparo impetrado, pues señala, que la tutela fue concebida como mecanismo de defensa y protección inmediata de los derechos fundamentales, únicamente cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que existiendo, se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela no puede constituirse como un medio de defensa judicial paralelo al sistema de jurisdicciones y competencias ordinarias o especiales, ni desconocer los procedimientos, acciones y recursos dispuestos en la ley, para resolver los asuntos litigiosos que surjan en la vida jurídica de las personas y del mismo Estado.

Precisa que los Decretos 1222 y 1259 de 1994 establecen un mecanismo ágil para efectos de solucionar los conflictos que se presenten entre los cotizantes y las entidades promotoras del servicio de salud y es a dichos procedimientos a los que debe recurrirse y no a la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar la anterior providencia proferida dentro del proceso de tutela de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1.991.

2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar, si con la decisión adoptada por la entidad accionada de excluir del servicio de salud a las hijas de la actora y no admitirlas como sus beneficiarias, aduciendo que existe doble afiliación, pues éstas aparecen como cotizantes del Seguro Social se han vulnerado los derechos fundamentales que se invocan en la demanda.

Para resolver el asunto sometido a consideración, la Sala estima procedente referirse previamente a la jurisprudencia adoptada por esta Corte en decisiones judiciales anteriores en donde ha señalado que entre los requisitos mínimos exigidos para la que proceda de la tutela, se encuentra la de acreditar en el respectivo proceso la legitimación por activa, de igual manera se referirá al deber de orientar e informar que tienen las entidades prestadoras del servicio de salud frente a los usuarios, bien se trate de Entidades Promotoras de Salud -EPS- o Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS-.

3. Improcedencia de la acción de tutela por falta de legitimación por activa

Esta Corporación ha señalado que no obstante la informalidad que se predica de la acción de tutela, la misma debe cumplir con unos requisitos mínimos de procedibilidad, dentro de ellos se encuentra el de legitimación por activa o titularidad para promoverla.¹

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, como regla general, solamente el titular de un derecho se encuentra habilitado para solicitar el

¹ Ver Sentencia T-724 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

amparo constitucional del mismo, bien sea que lo haga en forma directa o por intermedio de su representante o apoderado, sin embargo, como excepción a esta regla general, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 permite que un agente oficioso solicite el amparo de los derechos fundamentales de un tercero, en el evento en que su titular no pueda promover su propia defensa.²

Cabe destacar que en la Sentencia T-659 de 2004,³ la Corte se refirió de manera particular a la legitimación que le asistía a los padres para impetrar la acción de tutela en nombre de un **hijo mayor de edad**, sólo en el evento de que dentro del expediente, se acredite la imposibilidad física o mental del mismo para solicitar el amparo. En efecto en el mencionado fallo se dijo al respecto:

“Para el juez de segunda instancia surgió, entonces, el interrogante sobre la legitimación que le asistía a la madre para impetrar la acción de tutela en nombre de su hijo mayor de edad, a pesar de que no hubiese expresado en la demanda que actuaba en calidad de agente oficioso, y que del expediente no se desprendiera la imposibilidad física o mental del titular para solicitar el amparo.

Esta Sala de Revisión encuentra, en relación con la constatación de los elementos normativos necesarios para la configuración de la agencia oficiosa, que efectivamente la accionante Luz Marina Corredor Azza no instauró la presente acción de tutela con miras a obtener el amparo judicial de sus derechos fundamentales, sino los de su hijo mayor de edad, a quien su médico tratante le ordenó el tratamiento intrahospitalario que la E.P.S. Sanitas S.A. se niega a autorizar. A folio 4 del expediente obra la fotocopia de la cédula de ciudadanía de Julián Alfonso Méndez Corredor, quien para el momento de la presentación de la acción de tutela contaba con 21 años de edad.

Si bien se trata de la madre del titular de los derechos presuntamente vulnerados, los padres pierden la patria potestad sobre sus hijos cuando éstos cumplen la mayoría de edad. En estos eventos, se señaló en la sentencia T-294 de 2000, los padres sólo podrán promover una acción de tutela en defensa de los derechos de sus hijos bajo los términos de la figura de la agencia oficiosa desarrollados por la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional, es decir, cuando los hijos se encuentren en absoluta imposibilidad de interponer directamente el amparo fundamental, y en razón de ello autoricen a sus progenitores a instaurar una acción de tutela en su nombre. (negrilla y subrayado adicionado)

² En sentencia T-899 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero se dijo:

“...La exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo.”

³ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

De igual manera en la Sentencia T-294 de 2000⁴, se dijo:

“3.5. En esta materia, el juez ha de ser absolutamente estricto, pues ampliar la posibilidad de representación de los padres a los hijos mayores de edad, puede convertirse en la negación de su personalidad, de su libre albedrío, etc. Por medio de este amplificador de legitimidad, por llamarlo de alguna manera, basado en el lazo familiar o en el amor filial, podría llegar el padre a obtener por parte del juez de tutela órdenes contrarias a los derechos del hijo, y, específicamente su voluntad, desconociendo, principalmente, su autonomía. Por tanto, el exigir que el interesado sea quien directamente reclame por sus derechos no puede considerarse como un mero formalismo, pues lo que está en juego, en estos casos, es la libertad de cada sujeto para autodeterminarse y disponer de sus derechos.

3.6. Es claro, entonces, que los únicos eventos en que el padre de un mayor de edad puede ejercer la defensa directa de los derechos fundamentales de éste, es cuando el hijo, mayor de edad, se encuentre en imposibilidad ejercer directamente su defensa, hecho que tendrá que ponerse en conocimiento del juez al momento de instaurarse la acción de tutela, o en el trámite de la misma. Se acepta que el padre puede actuar como agente oficioso de su hijo mayor de edad, más no como su representante.”

Se observa entonces que la autorización legal para que terceros (padres) promuevan acciones de tutela en nombre de otros (hijos), exige la existencia de circunstancias objetivas que demuestren el impedimento de su titular para solicitar el amparo de sus derechos, así como la manifestación del accionante en la demanda de estar actuando en calidad de agente oficioso. Además como garante del principio de eficacia de los derechos fundamentales, el juez de tutela debe precisar la situación fáctica y las afirmaciones expresadas en la acción de tutela para efectos de determinar si se configuran los elementos que dan lugar a la figura de la agencia oficiosa.⁵

4. Deber de orientar y acompañar a cargo de la entidad promotora de salud en relación con las diligencias de traslado y consecuente afiliación de sus usuarios a una nueva EPS para asegurar la continuidad en la prestación del servicio público de salud

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia,⁶ ha fijado un amplio alcance al principio de continuidad del servicio público de salud, garantizando así que las personas continúen recibiendo los tratamientos o medicamentos que sean necesarios para proteger principalmente sus derechos a la vida, la salud y la integridad física, y

⁴ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵ Ver entre otras las Sentencias T- 236 A de 2005 y T-789 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-231 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶ Sobre el particular, se pueden consultar entre otras, las Sentencias T-270 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-614/03 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-881 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

en ese entendido la protección efectiva de tales derechos significa que el juez de tutela debe impedir que por controversias de índole contractual, económico o administrativo, se permita a una entidad encargada de prestar los servicios de salud que incumpla con la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular.

En ese sentido, esta Corporación en la sentencia T- 170 de 2002 señaló los criterios para determinar si son constitucionales los motivos en los que la EPS funda su decisión de interrumpir el servicio de salud, y en esos términos, precisó que una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida, la salud y la integridad física de un paciente con base, entre otras, en las siguientes razones: *i)* porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos, *ii)* porque el paciente ya no esté inscrito en la EPS que venía adelantando el tratamiento, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo, *iii)* porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario, *iv)* porque la EPS considere que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado, *v)* porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad, o *vi)* porque se trate de un medicamento que no se había suministrado antes, pero que hace parte de un tratamiento que se está adelantando.

Se puede concluir entonces que, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que solo razones de orden estrictamente médico justifican que se retrase la prestación del servicio de salud, quedando por tanto, sin sustento las excusas relativas a la falta de presupuesto, trámites burocráticos entre las EPS o de infraestructura insuficiente para llevar a cabo procedimientos que los usuarios demandan con urgencia, pues es claro que están de por medio los derechos fundamentales del afiliado.⁷

De otra parte es importante advertir que esta Corte, ha establecido el deber de orientación e información sobre el acceso al Servicio de Seguridad Social en Salud que tienen las entidades prestadoras del servicio de salud, bien sea que se trate de Entidades Promotoras de Salud –EPS- o Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS-, frente a los usuarios.⁸

Es así como, con fundamento en los principios que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, la Corte ha establecido una serie de obligaciones de información y coordinación a cargo de las EPS para que los derechos fundamentales de las personas que deben acudir a dichas instituciones se hagan efectivos, y en ese entendido la jurisprudencia ha sido clara y reiterativa en el sentido que las EPS no pueden limitarse a rechazar lo pedido por el afiliado cuando se trate de un tratamiento o medicamento excluido del POS, pues con ello quebrantaría los principios elementales de igualdad sustancial y de tratamiento especial a las personas en situación de debilidad manifiesta⁹ previstos en el artículo 13 superior.¹⁰

5. Caso concreto.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-170 de 2002 M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa.

⁸ Corte Constitucional, sentencias T-270 de 2005, T-956 de 2004, T- 953 de 2003, T-134 de 2002 M.P Alvaro Tafur Galvis.

⁹ Sobre el particular, pueden consultarse entre otras las sentencias T-752/98; T-261/99, T-549/99; T-911/99, T-517/00, T-910/00 y T-143/02.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-956 de 2004.

En el presente caso, la señora Elizabeth Peñalosa Martínez, actuando en nombre propio nombre y en representación de sus hijas Mónica Patricia y María Andrea Medina Peñalosa, interpone acción de tutela en contra de CAFESALUD EPS, para que se protejan sus derechos fundamentales de petición, seguridad social, debido proceso, buen nombre, los cuales encuentra vulnerados con la decisión de la entidad accionada de no permitir incluir a sus hijas como beneficiarias suyas, aduciendo una doble afiliación.

El juzgado que conoció en única instancia del asunto, negó el amparo impetrado al advertir que en los Decretos 1222 y 1259 de 1994, se estableció un mecanismo ágil para efectos de solucionar los conflictos que se presenten entre los cotizantes y las Entidades Promotoras del Servicio de Salud y es a esos procedimientos a los que debe recurrirse y no a la acción de tutela.

Cabe señalar que de acuerdo con lo indicado por la entidad accionada las hijas de la actora, aparecen registradas como cotizantes activas del Seguro Social.

Así mismo en el expediente obran certificaciones expedidas por la entidad accionada, donde consta que la señora Elizabeth Peñalosa Martínez, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo a través de Cafesalud EPS desde el 1º de enero de 2000 y se encuentra al día en sus pagos y cuenta con 115 semanas de cotización al sistema.

En relación con la petición de la actora, para que se excluya a sus hijas como cotizantes del Seguro Social (por la pensión de sobreviviente que reciben de su padre) y se les incluya como beneficiarias de ella (en su calidad de madre), quien es pensionada cotizante del Banco de la República, la Sala de Revisión encuentra, que para el caso no se cumplen los requisitos exigidos para que la señora Peñalosa Martínez actúe como agente oficiosa de sus hijas, pues éstas son personas mayores de edad,¹¹ e igualmente no se demostró que éstas estuvieran en condiciones físicas o mentales que les impidieran promover por sí mismas la defensa de los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados, así como tampoco se aportó documento alguno que demuestre la intención inequívoca de que Mónica Patricia y María Andrea Medina Peñalosa efectivamente desean ser atendidas como beneficiarias de Cafesalud EPS.

De igual manera se reitera lo manifestado anteriormente en el sentido de que la acción de tutela fue establecida como medio subsidiario de defensa judicial para reclamar de manera preferente, sumaria e informal, la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando en el ordenamiento jurídico no exista otro medio de defensa, o cuando aún existiendo, éste no sea idóneo para proveer un remedio integral o no sea lo suficientemente expedito para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable.

Para el caso se observa, que como lo expresó el juez de única instancia que conoció del asunto, tanto la actora como sus hijas tienen la posibilidad de acudir bien sea a la jurisdicción ordinaria laboral o a la Superintendencia Nacional de

¹¹ La cedula de ciudadanía de Mónica Patricia Medina Peñalosa es la No. 52.886.111 de Bogotá y la de María Andrea Medina Peñalosa es la No. 52.963.879.

Salud, para resolver el conflicto planteado de acuerdo con lo dispuesto en los Decretos 1222 de 1994 y 1259 de 1994.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Bogotá.

No obstante lo señalado la Corte prevendrá a Cafesalud EPS, para que como es su deber oriente, instruya y acompañe a la actora en lo relativo al proceso y trámite de selección de las Empresas Promotoras de Salud, así como también resuelva de manera oportuna e inmediata las peticiones que ante ella se presenten.

III DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de Bogotá del 20 de enero del año 2005, mediante la cual se negó la tutela instaurada por Elizabeth Peñalosa Martínez contra Cafesalud EPS.

Segundo.- PREVENIR, a Cafesalud EPS, para que como es su deber oriente, instruya y acompañe a la actora en lo relativo al proceso y trámite de selección de las Empresas Promotoras de Salud, así como también resuelva de manera oportuna e inmediata las peticiones que ante ella se presenten.

Tercero. Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

EN COMISION

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor JAIME ARAUJO RENTERIA, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión de servicios en el exterior debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
SECRETARIA GENERAL